

WYROK
z dnia 11 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar spółka z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk; Jantar 2 spółka z o.o. ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Koszalińska, ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (zadania I, II, III),
- powtórzenie czynności badania oferty wykonawcy K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KM MANAGEMENT K. M. z siedzibą w Katowicach, w tym wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, zawartego w części IV pkt 1. 2) ppkt 2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KM MANAGEMENT K. M. z dnia 9.12.2016 r., z wyłączeniem informacji wskazujących ilość zatrudnionych pracowników – w pkt 1 i procentowe udziały poszczególnych składników w zaoferowanej cenie – w pkt 2 lit. f oraz w pkt 3, 6 i 7,
- ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Politechnika Koszalińska, ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar spółka z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk; Jantar 2 spółka z o.o. ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Politechnika Koszalińska, ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar spółka z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk; Jantar 2 spółka z o.o. ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk kwotę **19 847 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset czterdzieści siedem złotych zero gr) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Koszalińska z siedzibą w Koszalinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług sprzątanía obiektów dydaktycznych Politechniki Koszalińskiej przy ul. Śniadeckich 2 i E. Kwiatkowskiego 6e w Koszalinie” - Zadania I - III (numer referencyjny: 36/PNOG/SZP-3/2016), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 21 października 2016 r., nr 2016/S 204 – 368680.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Jantar spółka z o.o. i Jantar 2 spółka z o.o. z siedzibami w Słupsku – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy oraz podjęcia przez Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na: zaniechaniu wezwania Wykonawcy K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KM MANAGEMENT K. M. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „Wykonawca K. M.”, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z Częścią IV pkt 2.3 SIWZ, tj. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez nieudostępnienie wyjaśnień Wykonawcy K. M. dotyczących rażąco niskiej ceny, i w konsekwencji bezprawnym wyborze oferty tego Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania Wykonawcy K. M. do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 w zw. z Częścią IV pkt 2.3 SIWZ, tj. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej,
- art. 8 ust. 1, 2 i 3 przez nieudostępnienie wyjaśnień Wykonawcy K. M. dotyczących rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- dokonania ponownej oceny ofert i wezwanie Wykonawcy K. M. do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z Częścią IV pkt 2.3 SIWZ, tj. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej,
- udostępnienia wyjaśnień Wykonawcy K. M. dotyczących rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ Wykonawca K. M., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a wobec uwzględnienia odwołania w przypadku nieprzedłożenia przez Wykonawcę K. M. oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z Częścią IV pkt 2.3 SIWZ, tj. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia Wykonawcy K. M. z postępowania i wówczas oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

Uzasadnienie odwołania.

W dniu 19.12.2016 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu, przesłane faksem, zawiadomienie o wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę K. M. jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Dowód: zawiadomienie z dnia 19.12.2016 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty - w dokumentacji Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wskutek błędnej wykładni przepisów prawa oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w sposób istotny naruszył przepisy ustawy Pzp podejmując wadliwą i bezprawną decyzję o zaniechaniu wezwania Wykonawcy K. M. do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z Częścią IV pkt 2.3 SIWZ, tj. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

W Części IV pkt 2.3 SIWZ Zamawiający jako jeden z warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określił warunek należytego wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywania minimum jednej usługi polegającej na sprzątnięciu powierzchni wewnętrznych w pomieszczeniach o powierzchni nie mniejszej niż 10 000,00 m² miesięcznie dla Zadania I, 14 000,00 m² miesięcznie dla Zadania II i 9 000,00 m² miesięcznie dla Zadania III, w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana lub jest wykonywana oraz załączeniem dowodów, czy została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku, Zamawiający żądał przedłożenia przez Wykonawcę wykazu usług według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ oraz załączenia dowodów określających czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w formie referencji lub innych szczegółowo opisanych dokumentów.

Dowód: SIWZ - w dokumentacji Zamawiającego.

Na potwierdzenie spełnienia warunku Wykonawca K. M. złożył wykaz usług, w którym wskazał jedną usługę świadczoną na rzecz Akademii Wychowania Fizycznego w Katowicach, która jest w trakcie wykonywania, a rozpoczęła się od dnia 1 stycznia 2016 r. i trwa nadal.

Okres trwania ww. usługi od dnia 1 stycznia 2016 r. został również potwierdzony w referencjach wystawionych przez Akademię Wychowania Fizycznego w Katowicach.

Zatem, mając na uwadze warunek określony przez Zamawiającego w Części IV pkt 2.3 SIWZ, nie ulega wątpliwości, że Wykonawca K. M. nie spełnia warunku, gdyż wskazana usługa, której świadczenie rozpoczęło się w dniu 1 stycznia 2016 r., w dniu upływu terminu składania ofert, tj. 30 listopada 2016 r., nie trwała jeszcze nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy. Dowody: - wykaz usług dołączony do oferty Wykonawcy K. M. - w dokumentacji Zamawiającego, - referencje Akademii Wychowania Fizycznego w Katowicach dołączone do oferty Wykonawcy K. M. - w dokumentacji Zamawiającego.

Tym samym Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz Części V pkt 11 SIWZ, wezwać Wykonawcę K. M. do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z Częścią IV pkt 2.3 SIWZ, tj. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezprawnie odmówił również udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Wykonawcy K. M. dotyczących rażąco niskiej ceny. Zamawiający jedynie lakonicznie i enigmatycznie stwierdził, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ww. Wykonawcy objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający nie może udostępnić tych dokumentów.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2016 r. - w dokumentacji Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego takie działanie narusza art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp, ponieważ Zamawiający bezzasadnie ograniczył dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy Wykonawca K. M. dokonał nieskutecznego zastrzeżenia rzekomych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim Wykonawca powinien dokonać zastrzeżenia takiego nie później niż w terminie składania ofert oraz wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konieczność wykazania przez Wykonawcę, że zastrzeżone informacje, niepodlegające ujawnieniu, mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa była przedmiotem wyroku KIO z dnia 15 maja 2015 r. (sygn. akt 907/15). Izba wyjaśniła, że „*poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 P.z.p. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 P.z.p. oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.*”. Ze stanu faktycznego, stanowiącego podstawę ww. wyroku wynika, że wykonawcy przystępujący do przetargu również jedynie lakonicznie i enigmatycznie wyjaśnili, że wskazane przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazała Izba: „*W przekonaniu składu orzekającego również Konsorcjum M. nie uczyniło zadość wymaganiom art. 8 ust. 3 P.z.p., gdyż zamieszczone na wstępie wyjaśnień ogólnikowy i abstrakcyjny wywód dotyczący poszczególnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rzeczywistości nie wykazuje, że faktycznie zostały one spełnione dla informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień.*” Tak sformułowane zastrzeżenia nie dowodzą, że spełnione zostały przesłanki, które wynikają z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że „*zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa*” przez Wykonawcę nie ma charakteru niepodważalnego i powinno być każdorazowo weryfikowane przez Zamawiającego. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 174/15), Izba wskazała, że: „*(...) Izba nie podziela stanowiska odwołującego, co do braku prawa zamawiającego do wezwania na okoliczność utajnienia oferty w kontekście aktualnego brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. to jest w sytuacji, gdy wykonawca nie uzasadni w dacie złożenia oferty zastrzeżenia tajemnicy w ofercie. W gestii zamawiającego pozostaje decyzja czy wezwie do wyjaśnień czy bez wezwania do wyjaśnień podejmie czynność odtajnienia czy też utrzymania w mocy zastrzeżenia w ofercie, co do ochrony informacji zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*”

W wyroku z dnia 15 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 907/15), wyjaśniono jakie działania, w związku z zastrzeżeniem uczynionym przez Wykonawcę, może w trakcie postępowania

podjąć Zamawiający: „Porównanie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 P.z.p. jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei Zamawiający ocenia skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, bez prowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego, jak to często miało miejsce w poprzednim stanie prawnym. Jednocześnie choć przepis literalnie odnosi się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy uznać, że w razie pojawienia się takich informacji w związku z dalszymi czynnościami, nie podlegają ujawnieniu na analogicznej zasadzie, tzn. wraz z ich złożeniem wykonawca musi wykazać, że mają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa.” Ponadto w ww. wyroku wskazano, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na Wykonawcy: „(...) aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 P.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.” KIO wskazała wprost w przedmiotowym wyroku, że „Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 pzp. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 pzp oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.” Podobne stanowisko zostało zaprezentowane także w innych wyrokach, m.in. KIO 306/15, KIO 279/15 oraz KIO 291/15.

Wobec powyższego Odwołujący uznał, że wniesienie odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

Zamawiający – w odpowiedzi na odwołanie, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustosunkowując się do treści odwołania, podnosząc niezasadność zarzutów, wniósł o:

1) oddalenie odwołania jako bezzasadnego,

2) przyznanie kosztów postępowania – dojazdu w kwocie 1512,00 zł (słownie tysiąc pięćset złotych, 12/100), na co złożył fakturę proforma 1/17 z dnia 11 stycznia 2017 r. oraz kosztów 3 diet pełnomocników zamawiającego w kwocie 3x30 zł=90 zł (podstawa § 6 rozporządzenia MPiPS z 29.01.2013 r., Dz. U z 2013 r. poz. 167),

3) przyznanie kosztów zastępstwa prawnego w sprawie w kwocie 3 600 zł zgodnie z przedkładanym rachunkiem.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający przedstawił następującą argumentację *(w przedstawionym stanowisku Zamawiającego i załączniku do pisma poprawiono nazwę firmy Wykonawcy K. M.)*.

I. Odnosząc się do zarzutu braku wezwania wykonawcy KM MANAGEMENT K. M. z siedzibą w Katowicach do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. potwierdzenia należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywania minimum jednej usługi polegającej na sprzątaniu powierzchni wewnętrznych w pomieszczeniach o powierzchni nie mniejszej niż 10.000,00 m² miesięcznie dla zadania I, 14.000,00 m² miesięcznie dla zadania II i 9.000,00 m² dla zadania III w ramach jednej umowy nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, zamawiający wskazał.

Warunek zamawiającego, sformułowany w pkt IV SIWZ z dnia 19.10. 2016 r. odnoszący się do konieczności wykazania zdolności technicznej lub zawodowej brzmi: „2.3. (...) *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje minimum jedną usługę polegającą na sprzątaniu powierzchni wewnętrznych w pomieszczeniach o powierzchni nie mniejszej niż:*

- 10 000,00 m² miesięcznie dla Zadania I

- 14 000,00 m² miesięcznie dla Zadania II

- 9 000,00 m² miesięcznie dla Zadania III

w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie oraz załączeniem dowodów, czy została wykonana lub jest wykonywana należycie.”

Takie sformułowania, z zastosowanymi zapisami po spójniku „lub”, zgodnie z wolą zamawiającego oznaczają, że samodzielną przesłanką wystarczającą do wykazania doświadczenia w wykonywaniu podobnych usług do zamawianych a mających charakter ciągły jest legitymowanie się przez składającego ofertę trwającą umową zawartą na okres co najmniej 12 miesięcy a nie dodatkowo już wykonywaną przez 12 miesięcy do dnia złożenia

ofert. Fakt, że wykonawca legitymuje się na dzień składania ofert wykonywaną umową zawartą na podobne usługi na okres co najmniej 12 m-cy, popartą bieżącymi referencjami jest wartością dodaną/korzystną dla Zamawiającego. Oznacza bowiem posiadanie aktualnego doświadczenia, potwierdzonego przez innego Zamawiającego (w tej sprawie AWF w Katowicach), który w ramach własnego postępowania pozytywnie ocenił wykonawcę i na podstawie określonych kryteriów wybrał do realizacji umowy, a następnie na dzień składania oferty u zamawiającego dobrze ocenia wykonywaną usługę. Z punktu widzenia Zamawiającego, wymaganie od Wykonawcy doświadczenia w wymiarze co najmniej 12 m-cy w wykonywaniu w dniu składania oferty trwającej aktualnie podobnej usługi o charakterze ciągłym byłoby dalece przesadzone. Wolą zamawiającego nie było też ograniczanie niezasadnie kręgu oferentów do tych prowadzących działalność gospodarczą dłużej niż 12 miesięcy, takiego ograniczenia zamawiający nie sformułował w SIWZ. Podkreślił, że podobnie jak zamawiający opisany warunek przetargu rozumiał wykonawca, tj. KM MANAGEMENT K. M., składając ofertę i załączając odpowiednią umowę na poparcie spełnienia warunków przetargu dot. doświadczenia zawodowego.

Potwierdzeniem wykładni tak sformułowanego warunku przetargu dla wykonawców jest też przedkładane w załączeniu oświadczenie z dnia 10 stycznia 2017 r. kierownika zamawiającego Kanclerza Uczelni dr inż. A. W. .

Reasumując, oświadczenie zamawiającego oraz oceniana oferta wykonawcy podlegają wykładni zgodnej z art. 65 k.c, który to przepis został tak skonstruowany by umożliwić stronom składającym oświadczenia dokonanie autentycznej wykładni oświadczeń woli. Zgodnie z tą wykładnią interpretacja dokonana przez strony przyszłej umowy ma pierwszeństwo przed interpretacją osoby trzeciej, zwłaszcza gdy interpretacja osoby trzeciej prowadziłaby do nadania oświadczeniom sensu przez strony niezamierzonego, niezapewniającego zawarcia korzystnej dla zamawiającego umowy /patrz odpowiednio Z. Radwański Teoria umów PWN/.

W tym stanie sprawy skoro kwestionowany warunek przetargu posiadania doświadczenia zawodowego został przez wykonawcę KM MANAGEMENT K. M. spełniony, co potwierdza przedłożony wykaz usług na podobne usługi z AWF w Katowicach z dnia 1.01.2016 r. obejmujący okres 24 miesięcy, potwierdzony referencjami z 18.11.2016 r., a dodatkowo potwierdzający na dzień 11 stycznia 2017 r. wykonywanie wymaganych usług nieprzerwanie ponad 12 miesięcy - zarzuty odwołania w tym zakresie są niezasadne.

II. Odnosząc się do zarzutu braku udostępnienia wyjaśnień wykonawcy KM MANAGEMENT K. M. dotyczących rażąco niskiej ceny - zamawiający wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie, czy informacje objęte przez tego wykonawcę zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu art. 11 u.z.n.k., którego interpretację zawiera ustabilizowane orzecznictwo zarówno Sądu Najwyższego jak i Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny obejmujące metodę kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem mogły być uznane przez zamawiającego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i mogły być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi oferentami /patrz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX Ga 167/07, ZPO 2008/2/9, *zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. (...), podobnie KIO 77/14, KIO 908/13/.*

Zgodnie z powołanym orzecznictwem, zamawiający nie miał wątpliwości, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, którą należy interpretować szeroko z zastosowaniem wykładni rozszerzającej upoważnia go, bez szczegółowego postępowania wyjaśniającego z wykonawcą do uznania, że żądane przez odwołującego informacje stanowią zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk tajemnicę przedsiębiorstwa nie podlegają ujawnieniu, stąd zamawiający miał obowiązek odmowy ich udostępnienia. Gdyby takie wątpliwości wystąpiły, zamawiający dostosowałby się do wytycznych sformułowanych przez KIO */Pismo Urzędu Zamówień Publicznych, Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r./*, zgodnie z którymi stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, a probuje możliwość prowadzenia postępowania wyjaśniającego z wykonawcą w celu wyjaśnienia wątpliwości co do wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że odwołujący również zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia co do wyliczenia jego ceny mogącej być uznaną za rażąco niską - klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, co zdaniem zamawiającego odbiera mu legitymację do domagania się ujawnienia informacji o tym samym charakterze w ofertach konkurenta proponującego tylko nieznacznie niższą cenę.

Ponadto wskazał, że odwołujący nie wskazał, jaki wpływ na wynik postępowania miałby mieć brak dostępu do żądanych informacji konkurenta, co przesądza o braku interesu prawnego w stwierdzeniu, że odmowa stanowiłaby naruszenie przez Zamawiającego zapisów Pzp, które mogłyby mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. Wskazał też, że ponowne rozpoznanie ofert, nawet przy założeniu udostępnienia odwołującemu się kalkulacji ceny wykonawcy, prowadziłoby ponownie do wyboru oferenta KM MANAGEMENT K. M. .

Zamawiający przeprowadził badanie wyjaśnień ceny wykonawcy i pozostałych oferentów, porównał ceny podobnej usługi wykonywanej u zamawiającego w latach 2013-2016 (kwota 2 614 556,31 zł) z aktualnie proponowaną ceną na lata 2017-2020 (kwota 4 361 591,07 zł), uzyskał potwierdzenie swojego działu kadr odnośnie prawidłowości wyliczeń wynagrodzeń pracowników oferentów, która to wartość jako zasadnicza część kosztów usługi wpływa na wysokość ceny zaproponowanej przez oferentów. Ostatecznie brak jest podstaw do uznania (nie zostało to wykazane), by cena zaproponowana przez wygrywającego przetarg wykonawcę była rażąco niska, stąd zarzuty odwołującego co do prawidłowości zbadania zaproponowanej przez wykonawcę ceny są niezasadne.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wniósł jak na wstępie.

Załącznik do pisma stanowi „*Oświadczenie dotyczące wykładni warunku jakie Politechnika Koszalińska jako zamawiający usługi sprzątnia swoich obiektów sformułował w pkt IV SIWZ z dnia 19.10.2016 r. (dot. postępowania nr 36/PNOG/SZP-3/2016) odnoszący się do konieczności wykazania zdolności technicznej lub zawodowej*” Kanclerza Uczelni.

Oświadczenie brzmi: „*Warunek sformułowany w pkt IV pkkt 2.3. SIWZ z dnia 19.10.2016 r. dotyczącej postępowania na Świadczenie usług sprzątnia obiektów dydaktycznych Politechniki Koszalińskiej przy ul. Śniadeckich 2 i E. Kwiatkowskiego 6e w Koszalinie, w szczególności zapis „w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy” oznacza, że wystarczające dla Zamawiającego do wykazania zdolności technicznej lub zawodowej do wykonywania opisanej w SIWZ usługi, jest legitymowanie się przez wykonawcę w dniu składania ofert, zawartą na okres co najmniej 12 miesięcy umową na wykonywanie podobnej co oferowana usługi, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonywania i podmiotów, na rzecz których usługa jest wykonywana należycie oraz załączeniem dowodów, czy jest wykonywana należycie.*

W związku z powyższym wykonawca KM MANAGEMENT K. M., ul. Obroki 130, 40-833 Katowice składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu spełnił określone w nim warunki.”

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki legitymujące go do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta wykonawcy zawiera w zakresie 3. zadań drugą w kolejności w rankingu ofert cenę (kryterium oceny ofert o wadze 100%), zatem wykazanie naruszenia przepisów ustawy w wyniku czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, do której był zobowiązany na podstawie ustawy, skutkuje naruszeniem interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwością poniesienia szkody.

Odwołanie rozpoznane na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów, z uwzględnieniem materiału dowodowego łącznie ze złożonymi wyjaśnieniami – podlega uwzględnieniu z uwagi na wpływ wykazanego naruszenia przepisów ustawy na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

I. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w części IV w pkt 1. 2) ppkt 2.3 zamawiający opisał warunek udziału wykonawców w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej następująco: *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje minimum jedną usługę polegającą na sprzątaniu powierzchni wewnętrznych w pomieszczeniach o powierzchni nie mniejszej niż: (...) w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie oraz załączeniem dowodów, czy została wykonana lub jest wykonywana należycie”.*

Dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz usług sporządzony na formularzu zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ (część V pkt 3 ppkt 1 lit. a).

Wykonawca K. M. złożył wykaz usług z dnia 25.11.2016 r. – wskazując usługę „Kompleksowa usługa sprzątania na powierzchni przekraczającej 15 000 m²”, z datą wykonania: „01.01.2016 r. nadal” oraz Referencje z dnia 18.11.2016 r. potwierdzające m.in., że wykonawca wykonuje usługi porządkowe (...) oraz, że umowa została zawarta na okres 24 miesięcy.

Przedmiotem sporu jest wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę na dzień upływu terminu składania ofert. Zdaniem odwołującego, przedstawiona usługa wykonywana od 01.01.2016 r. nadal nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż na dzień upływu terminu składania ofert – 30 listopada 2016 r. – okres świadczenia usługi na podstawie umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy wynosił 11 miesięcy, a nie wymagane 12 miesięcy. Natomiast zdaniem zamawiającego, nie jest istotny okres świadczenia usługi, lecz czas na jaki zawarto umowę – co najmniej 12 miesięcy, na podstawie której świadczona jest usługa. Usługa mogła być świadczona przez okres krótszy, zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie, w zasadzie przez każdy okres, nawet trwający 1 dzień przed upływem terminu składania ofert, byleby była zawarta na okres co najmniej 12 miesięcy. Zatem umowa o świadczenie usługi zawarta od dnia 01.01.2016 r. i w dniu upływu terminu składania ofert trwająca nadal, z uwagi na jej zawarcie na okres 24 miesięcy, stanowiła potwierdzenie spełniania warunku. Potwierdzenie takiej oceny spełniania warunku miało stanowić

oświadczenie Kanclerza Politechniki Koszalińskiej z dnia 10 stycznia 2017 r. załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Warunek został opisany w sposób odpowiadający treści rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126). W § 2 ust. 4 rozporządzenia wskazano: *W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (...).*

Z treści warunku zamieszczonego w SIWZ wynika obowiązek wykonawcy wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, (...) wykonał (...) lub wykonuje minimum jedną usługę w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy (...).

Istotę stanowi wykazanie wykonania lub wykonywania usługi w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy mieszczący się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie.

Z wykazanej przez Wykonawcę K. M. usługi w wykazie usług wynika, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wykonawca wykonuje minimum jedną usługę w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres 11 miesięcy.

Z opisu warunku oraz istoty wymaganych zdolności wynika, że przedmiotem oceny spełniania warunku nie jest sam fakt trwania nieprzerwanie umowy przez okres co najmniej 12 miesięcy zakończonych po upływie terminu składania ofert, ale zdolności nabyte przez wykonywanie usługi w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Analizując załączone do odpowiedzi na odwołanie oświadczenie (wykładnię warunku), wskazujące na opis „w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy”, należy mieć na uwadze początkową część opisu warunku, a mianowicie, że wymóg wykonania/wykonywania jednej usługi w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, dotyczy okresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co przy ustalonym terminie składania ofert

upływającym w dniu 30 listopada 2016 r., oznacza okres 30 listopad 2013 r. – 30 listopad 2016 r.

Stanowisko zamawiającego, że potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu, obok wykazu usług i referencji, jest dodatkowo potwierdzające na dzień 11 stycznia 2017 r. (dzień rozprawy) wykonywanie wymaganych usług nieprzerwanie przez okres ponad 12 miesięcy, nie może stanowić podstawy innych ustaleń, w sytuacji gdy spełnianie warunków udziału w postępowaniu oceniane jest na dzień upływu terminu składania ofert.

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy K. M. do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w związku z częścią IV pkt 1. 2) ppkt 2.3 SIWZ), tj. potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, za zasadny. Dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie załączonych do oferty: wykazu usług i referencji, zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, który nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazania zdolności technicznej lub zawodowej, czego konsekwencją jest nakazanie wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie wymaganego warunku udziału w postępowaniu.

II. Wskazane w odwołaniu przepisy art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp stanowią: *1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*

Przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) stanowi: *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

W orzecznictwie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem

produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą, to w szczególności informacje handlowe, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, źródła zaopatrzenia i zbytu, informacje związane z działalnością marketingową oraz know-how przedsiębiorcy.

Istotą zastrzeżenia informacji jest jej poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Ponadto zastrzegający tajemnicę musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. W wyroku z dnia 5 września 2001 r. sygn. akt I CKN 1159/00 Sąd Najwyższy orzekł, że przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (OSNC 2002 nr 5, poz. 67). O zachowaniu poufności informacji wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2003 r. sygn. akt I CKN 89/01, Lex 583717, wskazując na obowiązek przedsiębiorcy podjęcia działań w celu zachowania poufności informacji. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyniku zmiany art. 8 ust. 3 ustawy (ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. obowiązującą od dnia 19 października 2014 r.), wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został zobowiązany obok zastrzeżenia, do wykazania, że zastrzeżone informacje są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający jest zobowiązany do zbadania i oceny, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie zasadności tego zastrzeżenia, nie później niż w terminie składania ofert, jest zgodne z przepisami ustawy Pzp i odpowiada definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Właściwe/zgodne z przepisami zastrzeżenie i wykazanie w stosownym czasie ustawowych przesłanek zastrzeżenia, zobowiązuje zamawiającego do nie ujawniania informacji i odwrotnie – niewłaściwe zastrzeżenie bądź nie wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert, powoduje skutek wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy – nieskuteczność zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Informacje składane po terminie składania ofert, w granicach ustawy, podlegają również takiemu zastrzeżeniu oraz ocenie, o ile można im przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z przywołanej w odpowiedzi na odwołanie opinii (str. 10 uzasadnienia) wynika zachowanie aktualności stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, aprobującego możliwość dokonania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w przypadku wątpliwości co do wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty. Wynika też, że w sytuacji jednoznacznej oceny dokonanej przez

zamawiającego, iż wykonawca do upływu terminu składania ofert nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zachodzi wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca K. M. złożył na wezwanie zamawiającego z dnia 7 grudnia 2016 r., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia dotyczące ceny oferty (pismo z dnia 9.12.2016 r.) oznaczając wyjaśnienia „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”. Nie przedstawił odrębnego/dodatkowego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia, wskazując w odpowiedzi na odwołanie, że uznał za zasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, bez konieczności wyjaśniania z Wykonawcą ze względu na treść informacji obejmującą metody kalkulacji ceny i konkretne dane cenotwórcze.

Zdaniem Izby, ocena ta nie zasługuje na aprobatę. Jeśli zamawiający uznał, że oznaczenie wyjaśnień „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” i ich treść obejmująca metody kalkulacji ceny i konkretne dane cenotwórcze jest wystarczającym wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, to należy podnieść, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnianiu podlegają wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zaś pismo w całości złożone przez wykonawcę. Wyjaśnienia wykonawcy nie zawierają w całości informacji odpowiadających informacjom niepodlegającym ujawnieniu, takimi nie są np. informacje o minimalnym wynagrodzeniu za pracę na podstawie ogólnie obowiązującego aktu prawnego, o dostępnych kwotach dofinansowania z PFRON, czy na temat Kodeksu pracy i aktów wykonawczych dotyczących sfery pracowniczej, także inne informacje niewskazujące metody kalkulacji ceny i danych cenotwórczych, a dotyczące ogólnych faktów, czy zapewnienia, że cena oferty nie jest rażąco niska oraz uwzględnia wszelkie koszty wykonania zamówienia itp.

Na podstawie powyższego, uznając zasadność zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, dotyczącego nieudostępnienia wyjaśnień wykonawcy na żądanie odwołującego (okoliczności niesporne, potwierdzone na podstawie dokumentacji postępowania i wyjaśnień złożonych na rozprawie) – Izba nakazała ujawnienie informacji z wyłączeniem danych liczbowych i procentowych wskazanych w sentencji wyroku, które kwalifikują się jako elementy kalkulacji ceny i konkretne dane cenotwórcze.

W związku z dodatkowymi wskazaniem zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Izba podnosi, że zastrzeżenie przez odwołującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych również na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, nie ogranicza prawa tego wykonawcy do żądania udostępnienia

wyjaśnień wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Żądanie udostępnienia informacji, które podlegają ujawnieniu, służy każdemu wykonawcy. Zamawiający ma takie same obowiązki badania zastrzeżenia i wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec wszystkich wykonawców.

W postępowaniu odwoławczym ograniczonym do zarzutów odwołania, cena wybranej oferty, nie stanowiła przedmiotu rozpoznania i oceny.

Wobec konieczności powtórzenia czynności związanych z potwierdzeniem przez Wykonawcę K. M. spełniania warunku udziału w postępowaniu, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta tego wykonawcy zostanie ponownie wybrana jako najkorzystniejsza, a więc, że naruszenie przepisów ustawy nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na jego rzecz uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania 15 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika 3 600 zł, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa 17 zł, kosztów dojazdu na posiedzenie Izby 1230 zł 00 gr – na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: